

*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LA REFORMA PENAL MILITAR. DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO

PRESIDENTE DE LA SALA 5ª DEL TRIBUNAL SUPREMO

SUMARIO

- I. LA JURISDICCIÓN MILITAR. UNA REFORMA GRADUAL Y PROFUNDA.
- II. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR. RENUNCIA A UNA PARTE GENERAL PROPIA.
- III. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL DERECHO PENAL MILITAR.
 - III.1. Una explicación de la especialidad.
 - III.2. Arbitrio judicial frente a legalismo aritmético.
- IV. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR.
 - IV.1. Consideraciones previas.
 - IV.2. Determinación de la pena en razón del grado de perfección del delito y formas de participación.
 - IV.3. Determinación de la pena en razón de las circunstancias concurrentes e individualización.

I. LA JURISDICCIÓN MILITAR. UNA REFORMA GRADUAL Y PROFUNDA

El día 1 de junio de 1986 entraron en vigor, simultáneamente, la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. En ese momento, sus respectivas disposiciones derogatorias abrogaron el Tratado Segundo, llamado “Leyes Penales”, del Código de Justicia Militar de 1945, en que se contenía la normativa reguladora tanto de los delitos como de las faltas militares. El Código Penal Militar fue reservado para los delitos militares y vaciado de la regulación atinente a las faltas o infracciones disciplinarias. Éstas, encomendada su represión a las Autoridades y Mandos militares, adquirieron desde el punto de vista formal —otra cosa es que siga siendo cuestionable su verdadera naturaleza— una apariencia inequívocamente administrativa. Por otra parte, el delito militar fue sometido a una rigurosa redefinición mediante la delimitación de dos de sus elementos esenciales —el sujeto activo y bien jurídico protegido— de modo que se configuró como atentado a bienes o intereses específicamente militares cometido por miembros de las Fuerzas Armadas o Institutos militares, si bien subsisten algunos tipos delictivos que pueden tener como sujeto activo a un civil, excepción que se amplía considerablemente en tiempo de guerra. Comenzaba, con esta reforma legal en el plano sustantivo, el cambio profundo y gradual que ha experimentado la jurisdicción militar en los últimos años, fenómeno que acaso no ha recibido todavía, por parte de los estudiosos del Derecho no directamente relacionados con el ámbito castrense, toda la atención que, en mi opinión, merece.

El segundo paso lo dio la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar —cuya “vacatio legis” se prolongó hasta el 1 de mayo de 1988— que reorganizó la jurisdicción militar sobre bases sustancialmente nuevas. Para reconocer que así fue, basta recordar que, en su virtud: a) la potestad jurisdiccional ha sido transferida de las antiguas Autoridades Judiciales —que no eran sino los Capitanes y Comandantes Generales de Regiones y Departamentos— a los nuevos Tribunales Militares; b) éstos que se han constituido como órganos independientes, permanentes y predeterminados por la Ley, integrados por miembros del Cuerpo Jurídico de Defensa, a los que se incorporan, en el acto de la vista, un número inferior de profesionales de la Armas, con función análoga a la de los “escabinos”; c) que

a los nuevos jueces militares se ha otorgado, en garantía de su independencia, un estatuto paralelo al de los jueces y magistrados, d) que se han establecido importantes puntos de conexión entre la jurisdicción militar y la ordinaria, atribuyendo funciones gubernativas sobre la misma al Consejo General del Poder Judicial y, sobre todo, creando la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

Finalmente, la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, derogó al Tratado Tercero del viejo Código de Justicia Militar, llamado “Procedimientos militares”, e instauró un proceso muy próximo en sus principios y líneas generales al proceso penal común y un proceso denominado recurso contencioso-disciplinario militar, inspirado en el contencioso administrativo, que es el cauce por el que discurre el control jurisdiccional —otra importante novedad— que los órganos judiciales militares y la Sala 5.^a del Tribunal Supremo ejercen sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria militar. En el campo del Derecho penitenciario sigue vigente un texto preconstitucional, cual es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares aprobado por Real Decreto de 22 de diciembre de 1978, con las correcciones que en el mismo han introducido la Ley Procesal Militar y alguna otra norma de rango inferior. Pero, con esta única excepción, puede decirse que ya ha culminado, con fórmulas naturalmente discutibles, la tarea que al legislador español encomendó el artículo 117.5 de la Constitución que, como es sabido, no sólo salvó la permanencia de la jurisdicción militar al proclamar el principio de unidad jurisdiccional, sino ordenó que la Ley que regulase su ejercicio en el “ámbito estrictamente castrense” estuviese de acuerdo con la Constitución. Poner de acuerdo con la Norma de 1978 el ordenamiento jurídico militar heredado del pasado, en su triple dimensión orgánica, sancionadora y procesal, exigía ciertamente transformarlo casi radicalmente. Éste ha sido el sentido del preceso reformador a que, brevísimamente, me he referido.

II. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL MILITAR. RENUNCIA A UNA PARTE GENERAL PROPIA

La orientación global de estas jornadas exige, evidentemente, centrar la atención de esta ponencia en la reforma del Derecho Penal Militar. No sobre la reforma en su conjunto —tema que, por obvias razones de tiempo, pondría al ponente ante la alternativa de hacer un análisis superficial o ensayar una síntesis insuficiente— sino sobre un aspecto concreto de la misma. Consciente del

riesgo que supone siempre una elección que puede dejar en la sombra problemas muy importantes y acaso los que para algunos sean los preferentes, pienso que uno de los cambios más significativos determinados por la entrada en vigor del Código Penal Militar de 1985— cambio que puede servirnos de introducción a lo que será materia específica de esta reflexión— lo encontramos en el artículo 5º del nuevo Texto, que dice así:

“Las disposiciones del Código Penal serán aplicables a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código”.

Esta remisión al Código Penal común para todo lo que no esté previsto en el militar y en cuanto sea compatible con la “naturaleza” del delito militar, significa algo más que declarar al primero legislación supletoria, ya que el considerable aligeramiento del Libro Primero del Código Penal Militar —sólo cuarenta y ocho artículos de los que doce son en realidad cláusulas de interpretación auténtica que empiezan así: “A los efectos de este Código se entenderá...”— ha convertido al Libro Primero del Código Penal en texto de directa y permanente aplicación por la jurisdicción militar. La derogación del Código de Justicia Militar ha supuesto, ante todo, una sensible reducción de la materia penal sometida a la jurisdicción militar en la doble medida en que ha sido abandonado, para la fijación de su competencia, cualquier criterio distinto de la naturaleza del delito y se ha redefinido el delito militar, según ya quedó indicado, contrayéndolo a las acciones u omisiones, normalmente perpetradas por militares, que lesionan o ponen en peligro intereses o bienes específicamente castrenses. Pero ha supuesto también, como consecuencia de lo establecido en el artículo 5º del Código Penal Militar, la renuncia a la pretensión de que la indiscutible especialidad del Derecho Penal Militar comporte la existencia de un Código “integral” con un Libro de disposiciones generales propio y distinto del que figura en el Texto punitivo común. De aquí en adelante, pues, no será del todo correcto hablar del Derecho penal militar como una rama autónoma del Derecho sancionador, siendo seguramente más atinada la conceptualización del mismo como un capítulo especial —todo lo extenso y singularizado que se quiera— del Derecho penal. Me atrevo a sugerir, de pasada, que este cambio suscite un mayor interés doctrinal hacia del Derecho penal militar del que hasta ahora ha sido acostumbrado. Y me permito apuntar, también al vuelo, una breve reflexión sobre las causas posibles del cambio a que me refiero. Si la contracción del concepto de delito militar y la reducción del círculo de competencia de la jurisdicción militar se presentaba al legislador de 1985 como una insoslayable consecuencia

de la obligada limitación de aquella jurisdicción al “ámbito estrictamente castrense” —artículo 117.5 de la Constitución— el abandono de la “integralidad” de la Ley penal militar y la extensión a la misma de las normas generales del Código Penal, no sólo han podido estar aconsejados por consideraciones de índole científica, sino también por cierta necesidad —presente en todo proceso de modernización— de sustituir las pautas particularistas por las inspiradas en el universalismo. Por la misma razón que apenas tiene sentido, en una sociedad democrática, singularizar en exceso al grupo social constituido por los profesionales de las armas —los ciudadanos de uniforme sólo se han de distinguir del resto de los ciudadanos en lo que sea funcionalmente necesario— tampoco lo tendría reivindicar, para el Derecho sancionador militar la profunda autonomía que inevitablemente deriva de una Parte General propia.

Ahora bien, supuesta la aproximación del Derecho penal militar al común, operada por la considerable pérdida de contenido del Libro Primero del Código Penal Militar, hay que reconocer que el mayor número de las especialidades que aún subsisten se concentran en el Título III de dicho Libro, dedicado a “las penas”. No es posible, dentro de los límites que impone una ponencia de esta naturaleza, abordar la totalidad de los problemas que plantea el contenido penológico del Código Penal Militar. A partir de la inclusión de la pena de muerte en tiempo de guerra —en mi opinión, absolutamente lamentable— nos saldrían al paso, sin duda alguna, una larga serie de temas. De nuevo hemos de elegir uno de los posibles —ahora ya definitivamente— y ceñirnos a las cuestiones relacionadas con la determinación e individualización de las penas.

III. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL DERECHO PENAL MILITAR

III.1. Una explicación de la especialidad.

No debe sorprender que sea precisamente en la regulación de las penas y, concretamente, en el régimen de determinación de las mismas —que se establece en el Capítulo IV del Título III del Libro primero del Código Penal Militar, bajo la denominación “aplicación de las penas”— donde persisten importantes especialidades en relación con el Código Penal. El ordenamiento penal militar es, como cualquier otro de la misma naturaleza, el instrumento de mayor fuerza coactiva con que se pretende conseguir el control social y la

configuración del comportamiento de sus destinatarios. Estas finalidades presentan, sin embargo, un perfil muy distinto cuando se trata de alcanzarlas en el seno de los ejércitos. Por razones de eficacia e incluso de pervivencia, en los ejércitos se aspira a ejercer desde el mando un control más intenso y más extenso —es decir, referido a más aspectos del comportamiento— que el que sería admisible fuera de ese ámbito. En principio, puede decirse que los militares, miembros de un grupo social fuertemente jerarquizado y disciplinado, tienen reglamentados aspectos de la vida que, para el resto de los ciudadanos, se dejan a la libre iniciativa de cada cual y —lo que acaso sea más importante— que el nivel de obediencia a la norma, se espera que sea más alto en los miembros de las Fuerzas Armadas que en el común de los ciudadanos. A ello debe añadirse que únicamente cuando la persona es definida como un fin en sí misma y se reconoce su prioridad con respecto al grupo, la definición del Derecho penal como última “ratio” es verdaderamente aceptada; y ésa es la razón por la que en la sociedad tradicional se tendía, con mayor frecuencia que en la actual, a imponer las pautas vigentes de comportamiento mediante el inmediato y expeditivo uso del arsenal punitivo del Estado. Siendo ello así, no debe extrañar demasiado que el Derecho penal utilizado históricamente por los ejércitos —una institución generalmente nutrida de valores tradicionales— para asegurar el control social “ad intra” —un control, no lo olvidemos, intenso y extenso— haya tenido un acervo de penas más o menos singulares, ni que su aplicación haya estado inspirada en criterios igualmente singulares. Ello no quiere decir, claro está, que tales singularidades sean una inevitable consecuencia, en el plano jurídico-penal, de los rasgos estructurales de la institución militar y, mucho menos, de la institución militar propia de una sociedad democrática. Acaso sea oportuno recordar en este momento que la explicación de un fenómeno no comporta necesariamente su justificación y que por el mero hecho de haber quedado explicado —en el caso de que verdaderamente lo haya sido— el fenómeno en cuestión no tiene garantizada su permanencia en el tiempo. Pero, sea como sea, el hecho es que, habiéndose atribuido tradicionalmente a la pena en el Derecho sancionador militar una función no del todo ni siempre coincidente con la que se le ha asignado en el Derecho penal común, y estando la función de la pena en la base de toda regulación sobre su determinación e individualización, las normas establecidas en el ordenamiento castrense en relación con esta materia han sido siempre distintas de las comunes.

III.2. Arbitrio judicial frente a legalismo aritmético.

Recordemos —aunque pueda provocar justificado enojo que se invite a “recordar” lo que se tiene perfectamente presente— que en el sistema de deter-

minación de penas acogido por nuestros Códigos Penales desde que el de 1848 fijó las líneas fundamentales, se ha puesto decididamente el acento sobre el momento de la previsión legal y se ha tendido a restringir considerablemente —con independencia de que se haya logrado o no— el margen de dicisión reservado al juez. Bajo la doble inspiración de la desconfianza del primer liberalismo en el arbitrio judicial y la preocupación retribucionista, nuestros Códigos han cuidado siempre de trazar unas fronteras muy precisas a la tarea judicial de individualización de las penas, enmarcándola para cada delito dentro de límites máximos y mínimos perfectamente definidos y relativamente cercanos, y han establecido un conjunto de reglas rigurosas para los casos en que concurren circunstancias atenuantes y agravantes, tipificándolas de forma marcadamente casuística y considerándolas de preceptiva aplicación. Y para que el sistema así concebido funcione adecuadamente se ha dividido a las penas que lo permiten en grados y se ha cuantificado el tiempo que cada uno de ellos abraza. Este legalismo aritmético, fruto de una encomiable preocupación por la seguridad jurídica y también de una obsesión ingenua por preverlo todo desde la Ley, ha provocado, como es sabido, críticas razonables desde la perspectiva de posiciones doctrinales muy diversas. No es éste, lógicamente, el momento ni de extenderse más en la exposición de lo que es sobradamente conocido ni de repetir críticas ajenas. Si me he permitido esta breve recapitulación, ha sido sólo por ofrecer un marco de referencia útil para el examen de la normativa militar sobre la misma materia.

Es un lugar común invariablemente repetido que la determinación de las penas en el ámbito de la jurisdicción militar ha estado tradicionalmente presidida, entre nosotros y en el Derecho comparado, por el más amplio arbitrio judicial. Ello es cierto, pero para ponerse en guardia ante una pretendida correlación “natural” entre Derecho penal militar y ancho arbitrio judicial, conviene puntualizar desde ahora que cuando esta facultad de los Tribunales militares recibe, en el Derecho español, una significativa ampliación, aunque siempre había sido mayor que la otorgada a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, es con la promulgación del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, es decir, con el Código castrense de la dictadura.

En el Código de Justicia Militar de 1945, las penas de privación de libertad, que eran la reclusión y la prisión, se caracterizaban, desde el punto de vista de su duración, —artículo 211— por la enorme distancia que mediaba entre sus límites mínimo y máximo. La reclusión duraba de doce años y un día a treinta años y la prisión, de seis meses y un día —por debajo de este límite las sanciones

no eran penas sino correctivos disciplinarios— a doce años. Y conviene tener en cuenta que gran número de delitos, especialmente si se cometían en tiempo de guerra, estaban castigados con la pena de reclusión en toda su extensión e incluso con la de reclusión a muerte —lo que significaba que el límite mínimo de la pena legalmente conminada era de doce años y un día de privación de libertad y el máximo la pena capital— o con pena que oscilaba, por ejemplo, entre seis años de prisión y veinte de reclusión. Estas penas, por otra parte, no estaban divididas en grados ni se podían, en principio, dividir las señaladas para cada delito en términos cuantitativos. El sistema de degradación de las penas en razón del grado de perfección del delito y de la forma de participación —artículo 236— coincidía con el del Código Penal común. En cambio, las circunstancias atenuantes —artículo 186— y las agravantes —artículo 187— no eran de aplicación preceptiva, comenzando su respectiva enumeración legal, no con el verbo definitorio “son” circunstancias atenuantes o agravantes, que es la fórmula empleada por el Código Penal, sino con la expresión “podrán apreciarse como”. El valor meramente orientativo de las mismas aparecía explícitamente en el artículo 192 en que se decía: “En los delitos comprendidos en este Código —especificación comprensible puesto que la jurisdicción militar conocía también de delitos comunes por razón del lugar en que se cometían y de la persona responsable— los Tribunales militares, en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes (...) impondrán la pena señalada por la Ley en la extensión que consideren justa”, detallándose a continuación una serie de factores, subjetivos y objetivos, que los Tribunales habrían de tener en cuenta también, es decir, además y conjuntamente con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, para la imposición de la pena que considerasen justa. Este arbitrio quedaba aún más claro y se ensanchaba desmesuradamente, más allá de todo límite razonable, al disponer el artículo 193 que, en los delitos a que se refería el artículo anterior —los comprendidos en el Código de Justicia Militar— “los Tribunales militares podrán libremente apreciar las circunstancias atenuantes y agravantes calificadas (...) imponiendo respectivamente la pena inferior o superior a la que tuviese señalada el delito en la extensión que estimen justa”. La pena superior a la señalada al delito se formaba con un período de tiempo igual a la mitad de su límite máximo y la inferior con un período de tiempo igual a la mitad de su límite mínimo —artículo 239— pero lo realmente estremecedor es que cuando se partía de la pena de reclusión en toda su extensión o de veinte años y un día a treinta años de reclusión, la inmediata superior a éstas —según el artículo últimamente citado— era la de treinta años de reclusión a muerte. Lo que significaba que se ponía

en manos de los Tribunales militares la posibilidad de imponer —con el único requisito o condición de que la considerasen justa— la pena de muerte a una persona declarada responsable de un delito conminado en la Ley con pena exclusivamente privativa de libertad.

No suscribo la opinión de quienes han interpretado el mayor arbitrio judicial concedido a los Tribunales militares, con la extensión que ha quedado sumariamente expuesta, como una respuesta correctora, surgida en el momento de la elaboración de los Códigos castrenses de finales del siglo pasado, al sistema dosimétrico establecido en el Código Penal de 1848, que tantas críticas había recibido. No lo creo así, en primer lugar, porque cuando vieron la luz el Código de Justicia Militar de 1890 y el Código Penal de la Marina de Guerra de 1888, el aritmetismo legal de 1848 ya había sido atenuado por la importante reforma que, en éste como en tantos otros aspectos, supuso el Código de 1870 y, en segundo lugar, porque en el momento de promulgarse el Código de Justicia Militar de 1945, que amplió los límites del arbitrio concedido en los Textos que le precedieron, estaba en vigor el Código Penal de 1944 que, como es sabido, suavizó considerablemente las cortapisas legales tradicionalmente impuestas a la individualización judicial de la pena. Y tampoco me parece que en el origen de la regulación de 1945 sea fácil descubrir una especial preocupación por propiciar la aplicación, desde los Tribunales militares, de criterios de individualización extraídos del principio de prevención especial. Quizás la enumeración de los factores que en el artículo 192 se ofrecía a la consideración de los Tribunales, juntamente con las circunstancias atenuantes y agravantes, para que impusiesen la pena que estimasen justa, sería suficiente para descartar casi en absoluto toda posible preocupación preventivo-especial, pues tales factores eran: “el grado de perversidad del delincuente —con lo que éste no podría ser conceptualizado ni tratado sino como más o menos “perverso”— sus antecedentes, la transcendencia del hecho, el daño producido o podido producir al servicio, a los intereses del Estado o a los particulares, las clases de pena fijadas y si el delito fue cometido en acto de servicio, fuera de éste o con ocasión del mismo, y tratándose de delitos cometidos a bordo de buques o aeronaves militares, todas aquellas circunstancias que puedan afectar a la seguridad, condiciones marinerías, aparato motor, gobierno y eficacia de ellos en sus aspectos militar o de navegación”.

Me atrevo a decir, por ello, que el arbitrio judicial establecido en el Código de Justicia Militar de 1945 era, antes que ninguna otra cosa, un residuo —o un rebrote, según se mire— del arbitrio característico del Derecho penal del

absolutismo, época en que los jueces, no vinculados todavía por los principios de legalidad e igualdad, podían imponer penas superiores e incluso distintas de las previstas en la Ley si lo consideraban necesario para conservar el orden establecido intensificando el temor de los súbditos. Se trataba, pues, de un arbitrio preliberal y premoderno, en modo alguno pensado y planeado para superar las deficiencias y disfuncionalidades que una mentalidad moderna podía descubrir en el legalismo aritmético de la normativa común. Así lo entendieron, seguramente, buena parte de los aplicadores del viejo Código, que hicieron constantes y notables esfuerzos por trasladar a la jurisdicción militar, con el saludable afán de incrementar en el ejercicio de la misma los niveles de seguridad jurídica, las líneas de orientación y los principios generales que inspiran la regulación de la determinación e individualización de la pena en el Código Penal común, considerado por aquéllos, sin duda alguna, como técnicamente superior. Aquel sabor arcaico del arbitrio judicial admitido en el anterior ordenamiento penal militar, no dejaba de percibirse, por lo demás, en los argumentos con que la institución era justificada o defendida. Me refiero, naturalmente, a la constante —sólo objetable en tanto que unilateral— referencia al mantenimiento de la disciplina como fin prioritario a que tiende el Derecho penal militar y como valor supremo que a toda costa se ha de tutelar mediante el mismo, a la idea, íntimamente emparentada con la anterior, de que la prevención general —básicamente entendida como prevención de la indisciplina— no sólo debe inspirar, como es lógico, el momento de la amenaza o conminación legal sino el de la individualización judicial y a la insistencia con que se aduce, en favor de este desplazamiento de la prevención general al momento individualizador, la dimensión ejemplarizadora de la pena militar, con lo que la misma conlleva de instrumentalización de la persona del reo y, sobre todo, de postergación de la culpabilidad como fundamento o límite de la pena.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL MILITAR

IV.1. Consideraciones previas.

En una superficial aproximación, se diría que el Código Penal Militar de 1985, que mantiene el sistema tradicional de arbitrio judicial en el ámbito jurisdiccional castrense, sólo aporta la novedad de que la individualización penal —artículo 35, párrafo segundo— deberá ser razonada en la sentencia. Con

ser muy importante esta innovación, un estudio atento de toda la normativa relacionada con la determinación de la pena puede conducirnos a la conclusión de que la nueva regulación es un punto de partida capaz de cambiar profundamente la situación precedente.

Antes de entrar en materia, conviene poner de manifiesto que el artículo 24, en que se relacionan las penas que pueden imponerse por delitos comprendidos en este Código, ha simplificado considerablemente el cuadro de sanciones: las penas principales son muerte, en tiempo de guerra, prisión, pérdida de empleo, inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar, confinamiento y destierro. Ha desaparecido, pues, la antigua distinción entre reclusión y prisión. Sólo existe una pena privativa de libertad a cuya problemática voy a limitar mi atención en el resto de esta ponencia. Junto a ello, es necesario puntualizar que se ha producido un acortamiento de la mencionada pena, lo que ha provocado un llamativo desfase —llamativo por la mayor severidad que cabe esperar de la norma penal militar— entre el Código Penal Militar y el Código Penal, al que se pondrá fin en el momento en que se convierta en Ley el actual Anteproyecto del Código Penal. La pena de prisión, según el artículo 26 del Código Penal Militar tiene una duración de tres meses y un día a veinticinco años. En ningún caso —artículo 40— la pena puede ser inferior a tres meses y un día —si la privación de libertad fuese inferior a ese límite no sería pena sino sanción disciplinaria— lo que comporta la grave deficiencia de que resulte imposible, en la práctica, imponer la pena inferior que corresponda, en los casos, muy numerosos por cierto, en que la pena señalada al delito tiene como límite mínimo precisamente el de tres meses y un día. En tres ocasiones se prevé en el Código una duración excepcional de treinta años para la pena privativa de libertad: cuando se establece —artículo 39— el tiempo máximo de cumplimiento a que puede ser sometido el condenado a varias penas, lo que lógicamente se aplica también a las penas restrictivas de libertad; cuando se fija —artículo 40, párrafo primero— el límite a que se puede llegar mediante la imposición, al autor de un subtipo agravado, de la pena superior a la señalada por la Ley para el tipo básico; y cuando —artículo 40, párrafo segundo— se dice que la pena inferior a la de muerte será de la veinte a treinta años de prisión. Este último precepto, por lo demás, parece superfluo, toda vez que la pena de muerte no está prevista en ningún caso como pena única ni como límite máximo de una pena compuesta, sino como alternativa de otra pena privativa de libertad, y no se alcanza cómo puede ser necesario, en el momento de la determinación judicial de la pena, imponer la inferior a la que nunca es legalmente preceptiva.

El nuevo Código sigue fiel a la pauta, congruente con el propósito de mantener el arbitrio judicial, de no dividir las penas en grados. No tendría, evidentemente, sentido hacerlo con una pena de prisión que puede durar desde tres meses y un día hasta veinticinco años. Pero tampoco están divididas en grados, aunque son de amplitud mucho menor, las penas de confinamiento y destierro. Ni se prevé la división para las penas señaladas, en términos cuantitativos, para cada delito. Esto puede plantear graves problemas de individualización, a causa de los límites excesivamente amplios del campo en que normalmente se puede mover el juzgador. Existen, en efecto, numerosos tipos delictivos para los que la pena legalmente conminada oscila, por ejemplo, entre quince y veinticinco años, cinco y quince años, tres y diez años, o tres meses y un día y cinco años. Esta amplitud es aún mayor, a semejanza de lo que ocurría en el Código de Justicia Militar, cuando se trata de delitos cometidos en tiempo de guerra o en otras circunstancias de excepcional gravedad, en cuyo caso puede encontrarse a veces una previsión legal de diez a veinticinco años de prisión, con el añadido de que, en tiempo de guerra y como pena alternativa, puede imponerse la de muerte. Véase, entre otros, el artículo 109 cuyo primer párrafo dice así:

“El militar que, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos realizare actos demostrativos de cobardía susceptibles a infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra”.

En contraste con lo anterior, la técnica a utilizar para la determinación de la pena inferior o superior a la señalada, en principio, por la Ley, permite una rebaja o incremento, respectivamente, de menor alcance que el que aparece, por ahora, en el artículo 70 del Anteproyecto de Código Penal. Según el artículo 40 del Código Penal Militar:

“La pena superior o inferior en grado se determinará respectivamente partiendo del grado máximo señalado por la Ley para el delito de que se trate, y aumentándole un tercio de su cuantía, sin que pueda exceder de treinta años, o partiendo del grado mínimo y restandole su tercera parte, sin que pueda ser inferior a tres meses y un día”.

No ha dejado de llamar la atención entre los comentaristas, y ha suscitado severas críticas en más de uno, la utilización, en este precepto, de los términos

“grado máximo” y “grado mínimo”, absolutamente ajenos al lenguaje jurídico militar clásico por no haber estado nunca divididas en grados las penas militares. Podemos pensar que se trata de un “lapsus”, pero no creo que tengamos que lamentarlo demasiado. Una aproximación de las categorías del Derecho Penal Militar a las del Derecho Penal Común, aunque sea meramente semántica y acaso no deliberada, debe ser siempre bien recibida. Incluso cuando, como ocurre en este caso, las categorías momentáneamente tomadas del Derecho penal común están en trance de ser sustituidas por otras.

IV.2. Determinación de la pena en razón del grado de perfección del delito y formas de participación.

No existiendo en el Código Penal Militar definición alguna de las fases en que puede fragmentarse el “iter criminis” en la hipótesis de una ejecución imperfecta, ni tampoco reglas que dispongan los efectos penalmente degradantes de las formas imperfectas, el juez militar habrá de estar a lo establecido sobre el particular en los artículos 3, 4, 51 y 52 del Código Penal. Por lo que a las formas de participación se refiere, tampoco encontramos ya en el Código Penal Militar preceptos en que se defina la autoría, las modalidades de participación que a la misma se asimilan y la complicidad y en que se fije la pena degradada que a los cómplices deba corresponder, por lo que también en esta materia serán de aplicación los artículos 14, 16, 49 y 53 del Código Penal. Algo distinto acontece con el encubrimiento al que dedica el artículo 23 del Código Penal Militar una regulación específica, cuando del encubrimiento de un delito militar se trata, en un sentido que podemos calificar como de mayor severidad que la del Código Penal. Esta nota se advierte especialmente en el tratamiento del favorecimiento personal en el que cabe destacar estos tres rasgos: a) esta modalidad de encubrimiento es punible siempre que el delito previo o encubierto, cualquiera que sea su naturaleza, se halle castigado con pena cuyo límite mínimo sea un año de prisión o sus autores sean reincidentes; b) al encubridor que obre con abuso o quebranto de funciones públicas se le impone, además de la pena privativa de libertad, la de suspensión de su cargo o inhabilitación absoluta según la gravedad del delito previo; y c) la excusa absolutoria prevista en el artículo 18 del Código Penal existe, para los delitos militares, en circunstancias normales pero desaparece en tiempo de guerra. Pues bien, de acuerdo con esta pauta de mayor severidad, al encubridor de un delito militar no se le castiga con la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del delito, tal como dispone el artículo 54 del Código Penal, sino con la pena inferior en uno o dos grados.

IV.3. Determinación de la pena en razón de las circunstancias concurrentes e individualización.

De acuerdo con la normativa instaurada por el Código Penal Militar, las circunstancias atenuantes y agravantes deben ser consideradas de preceptiva aplicación a los efectos de la determinación de las penas. No era así, como hemos visto, bajo la vigencia del Código de Justicia Militar, aunque no faltaron entonces meritorios esfuerzos teóricos por demostrar lo contrario y aunque, en la práctica, los jueces militares graduaron, casi sistemáticamente, las penas en función de las circunstancias típicas concurrentes. En este momento, el primer párrafo del artículo 22 del Texto vigente no deja lugar a dudas en relación, al menos, con las atenuantes:

“En los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes:

1.º) Para las clases de tropa o marinería, la de no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas.

2.º) La de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso”.

Los términos taxativos que utiliza el precepto —“serán estimadas como atenuantes”, además de las previstas en el Código Penal, las dos específicas del Código Penal Militar— permiten afirmar, con toda seguridad, que ninguna circunstancia atenuante realmente concurrente puede dejar de ser apreciada por el Tribunal.

La cuestión no es tan clara en el campo de las agravantes. El párrafo segundo del citado artículo 22 se limita a decir:

“La reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en un mismo capítulo de este Código, por delito al que el Código señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquél señale pena menor”.

Tras una primera lectura, en que pusiésemos frente a frente las palabras con que comienzan los párrafos primero y segundo del art. 22 —“serán estimadas

como atenuantes” versus “la reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad en los delitos militares”— podría pensarse que mientras todas las atenuantes, las comunes y las específicas del Derecho militar, deben producir el efecto que les es propio en la responsabilidad por delitos militares, sólo la agravante de reincidencia es de inexcusable apreciación, de suerte que quedaría al arbitrio del juzgador que las demás circunstancias enumeradas en el artículo 10 del Código Penal —a las que el Código castrense no añade ninguna— agravasen o no, en cada caso concreto, la responsabilidad criminal derivada de un delito militar.

Aunque pueda parecer que esta interpretación tiene a su favor la lógica de la simetría que cabe esperar de los dos párrafos de un mismo precepto, no creo que sea la más correcta. No diciéndose nada sobre el particular en el preámbulo del nuevo Código, me parece razonable pensar que nos encontramos ante un mero defecto de técnica legislativa. Defecto que, por otra parte, encuentra remedio en la consideración de que la frase “serán estimadas como atenuantes” sigue a esta otra: “además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal”, es decir, además de las agravantes y atenuantes —todas ellas— previstas en dicho Texto. Personalmente, me atrevo a sugerir la posibilidad de que la mención solitaria de la reincidencia como “circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares” —precisamente una de las agravantes más cuestionadas, sobre la que llueven críticas científicas e incluso sospechas de inconstitucionalidad recientemente descartadas— tiene un significado polémico frente a tales críticas y, acaso especialmente, frente a la desaparición de la reincidencia de la lista de las agravantes que figuraba en el artículo 24 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal, que el Ministerio de Justicia dio a conocer el año 1983. No me parece una hipótesis descabellada que los autores del Código Penal Militar, al establecer las bases para la graduación de la responsabilidad por los delitos militares, y dando por supuesto el preceptivo efecto agravatorio de todas las circunstancias previstas en el artículo 10 del Código Penal, estimasen oportuno subrayar —no entro en la cuestión de si con razón o sin ella— que ese efecto lo tiene *también* la reincidencia en el ámbito militar, ante la eventualidad de una reforma de sentido contrario en la legislación penal común.

La forzosidad de que cualquier circunstancia apreciada, atenuante o agravante, se refleje en la extensión de la pena a imponer no plantea ningún problema cuando el efecto —concretamente, en el caso de las atenuantes— sea la degradación de la pena. Así, el artículo 36, según el cual:

“Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la circunstancia 2.^a del párrafo primero del artículo veintidós, podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la Ley”,

no suscita cuestión alguna. Sólo llaman la atención del intérprete —y me limito a dejar constancia de ello en espera de ocasión que permita una más detenida atención— la inexistencia de la categoría de la atenuante muy calificada, el otorgamiento de la condición de privilegiada a una atenuante específicamente militar —con tal intensidad, por cierto, que la misma puede producir la degradación de la pena incluso cuando concurre con una agravante y el menor efecto atenuatorio que significa la posible imposición de la pena inferior en grado, en comparación con el establecido en la regla 5.^a del artículo 61 del Código Penal, en la que se concede a los Tribunales la facultad de imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados. Del mismo modo, el artículo 37 a cuyo tenor:

“En los casos en que no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, se podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley, sin perjuicio de las medidas de seguridad que el Código Penal prevé al efecto”

se limita a reproducir, en lo sustancial, la norma contenida en el artículo 66 del Código Penal con dos matizaciones y una salvedad que tampoco, lógicamente pueden ser silenciadas. De un lado, se sustituye la rebaja común de la pena en uno o dos grados por la imposición de la pena inferior en grado. De otro, siendo preceptiva en la legislación común, al menos, la rebaja en un grado, ésta pasa a ser facultativa, particularidad esta que, como la anterior, se inscriben en la tradición de mayor severidad característica de la legislación penal militar y también, en cierto modo, en la tradición del mayor arbitrio judicial. Por otra parte, se incorpora la salvedad de que la degradación de la pena, eventualmente operada por la concurrencia de una eximente incompleta, se entiende sin perjuicio de las medidas de seguridad que el artículo 9.1.^o del Código Penal prevé, con el carácter de facultativas, para los casos en que se aprecia una eximente incompleta en relación con los números 1.^o y 3.^o del artículo 8 del mismo Código, salvedad ésta que inexplicablemente no se hizo en el artículo 66 del Texto común con motivo de la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, por lo que, en este aspecto, el Texto militar mejora técnicamente a su modelo.

No existe, en el Código Penal Militar, ninguna referencia a la entidad del efecto atenuatorio de la circunstancia atenuante de minoridad. Algunos han

interpretado este silencio como una singularidad que transmuta, en el ámbito militar, a la menor edad en atenuante no privilegiada. No participo de este punto de vista. Con independencia de la poca frecuencia con que encontraremos en la práctica delitos militares cometidos por menores de dieciocho años —sólo acaso los que pueden tener como sujeto activo a una persona no perteneciente a los Ejércitos— es lo cierto que no existe razón alguna de peso para no aplicar a los autores de delitos militares las consideraciones de política criminal que aconsejan un tratamiento sancionador diferenciado para los jóvenes. El artículo 65 del Código Penal, en consecuencia, me parece comprendido en la remisión general del artículo 5º del Código Penal Militar.

Cuando realmente comienzan los problemas es cuando se trata de precisar los efectos que han de tener en la fijación de la pena las atenuantes no privilegiadas y las agravantes. El artículo 35 del Código Penal Militar sólo contiene una regla clara para la determinación de las penas —regla que, por otra parte y como veremos más adelante, no tiene relación con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal— configurándose, por lo demás, como un conjunto de reglas generales para la individualización, que parece mantener, con un importante elemento de reacionalización, el arbitrio tradicional de los jueces militares. Merece la pena leer con detenimiento el texto íntegro de este precepto:

“En los delitos militares, y salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, se impondrá la pena señalada por la Ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran, la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión.

La individualización penal que se efectúa deberá ser razonada en la sentencia”.

No parece que suscite dudas, leyendo atentamente esta norma, la ineludibilidad de “tener en cuenta” las circunstancias atenuantes y agravantes en el momento de la concreta determinación de la extensión de la pena. La cuestión es el “cómo”. Coincidiendo con la casi totalidad de los comentaristas de este precepto, creo que puede ser descartada la aplicación de las reglas del artículo 61 del Código Penal. Cabe entender que este artículo, con su medida y

cuidadosa previsión de la tarea judicial en la fijación de la pena, entra en contradicción con el propio artículo 35 del Código Penal Militar, claramente inspirado por la preocupación opuesta de asegurar un amplio arbitrio en el desempeño de dicha tarea, contradicción que impide opere en esta materia la remisión general al Código Penal que, como se recordará, realiza el artículo 5º del Texto militar. A lo que hay que añadir que el hecho de no estar divididas en grados las penas militares constituye un obstáculo prácticamente infranqueable a la aplicación de unas reglas que obviamente descansan sobre el presupuesto de penas divididas en tres grados. Es por ello por lo que tanto la jurisprudencia del antiguo Consejo Supremo de Justicia Militar, como la doctrina que se ha elaborado en torno a este problema en el campo del Derecho penal militar, han sostenido que el artículo 61 del Código Penal tiene valor meramente orientativo o indicativo, pero no vinculante, para la determinación de las penas militares.

Debo reconocer que la solución me parece tan correcta técnicamente como insatisfactoria desde el punto de vista de la política criminal. Aún más insatisfactoria si, como es frecuente y en absoluto ilógico, de la anterior premisa se llega a la conclusión de que las atenuantes y agravantes no tienen un valor distinto, a efectos de fijación de la pena, al de los demás factores enumerados en el artículo 35 del Código Penal Militar, reduciéndose su función, en definitiva, a concurrir con aquéllos en el trance individualizador de la pena. Porque esta conclusión es capaz de vaciar de sentido el explícito mandato legal del artículo 22 —“serán estimadas como atenuantes”— así como el mandato implícito que existe también, según hemos tenido ocasión de comprobar, en relación con las agravantes. A lo que hay que añadir el peligro que representa para la seguridad jurídica y para la debida adecuación de la pena a la culpabilidad, habida cuenta del ancho margen de que disponen los Tribunales militares para moverse entre los límites máximo y mínimo de la pena señalada por la Ley a cada delito.

¿Cuál será, pues, la solución? Sin perjuicio de admitir que el artículo 35 ha supuesto una mejora muy importante en el sistema precedente —algún comentarista lo ha calificado, con razón, como uno de los mayores aciertos del nuevo Texto— me permito sostener, con la vista puesta en la ampliación del arbitrio judicial que, en este particular como en otros, se anuncia en el Anteproyecto de Código Penal, que la solución es terminar definitivamente con esta singularidad del Derecho penal militar. La especialidad de éste, derivada de los bienes jurídicos que tutela y de la primordialidad que en él se debe atribuir a la prevención general, justifica un catálogo peculiar de conductas penalmente típicas y, hasta cierto punto, un eventual endurecimiento de la advertencia

legal contra algunas de ellas. Pero no se alcanza la razón, como no sea la pura inercia histórica, por la que dicha especialidad, que ya no puede impedir la plena vigencia en el Derecho penal militar del principio de culpabilidad, como lo demuestra el artículo 2º del Código Penal Militar, haya de seguir justificando un arbitrio judicial distinto del que se reconoce en el ámbito de la jurisdicción ordinaria para garantizar la adecuación de la pena a la culpabilidad y la consecución, en lo posible, de los fines preventivo-especiales de la pena. La aparición de un nuevo Código Penal determinará, con toda probabilidad, la necesidad de reajustar el Código Penal Militar en más de un aspecto, porque no son pocos los artículos del mismo que han sido redactados teniendo como marco de referencia, bien el vigente Código Penal, bien el Proyecto de 1980, bien la Propuesta de Anteproyecto de 1983. Ésa puede ser la oportunidad para establecer una normativa única, en el ámbito común y en el militar, para regular la materia que es objeto de esta ponencia. Y ello podrá ser llevado a cabo seguramente sin romper del todo con la tradición propia del Derecho Penal Militar, puesto que las reglas previstas en el Capítulo II del Título III del Libro Primero del Anteproyecto de Código Penal publicado el 30 de diciembre de 1991 —que lleva por título “De la aplicación de las penas”— perfilan, sobre la base de penas de extensión razonable, no divididas en grados, un sistema de amplio arbitrio judicial.

El artículo 35 presenta, finalmente, cuatro innovaciones con respecto a su precedente en el Código de Justicia Militar —el artículo 192— que merecen ser objeto de consideración.

A). La relación de los factores que, bien concurriendo con las atenuantes y agravantes, bien operando “a posteriori” sobre la extensión de la pena que la apreciación de aquéllas haya dejado al arbitrio del juzgador, han de ser tenidos en cuenta en la individualización penal, parece estar pensada para que, en ese supremo momento de la realización de la justicia penal, se tenga presente la medida de la culpabilidad —graduación y función militar del culpable, naturaleza de los móviles que le impulsaron, gravedad del hecho— las necesidades de la prevención especial —personalidad del culpable— y consideraciones conectadas con la prevención general —transcendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio, así como el lugar de la perpetración— si bien es perceptible el relegamiento de estas últimas a un segundo plano y la colocación de las primeras en lugar prioritario. Interesa señalar entre los indicados factores de individualización, por su especialidad o por el carácter sintomático de su configuración, “la personalidad del culpable”, que ha sustituido al antiguo

y estigmatizante “grado de perversidad del delincuente”, la “graduación” y la “función militar” del mismo, que remite a la mayor o menor exigibilidad de otra conducta según el grado que se ostenta y la función más o menos relevante que se cumple, “la naturaleza de los móviles” que impulsaron al culpable, íntimamente unida a la tradicional preocupación eticista del Derecho militar, y el lugar de perpetración del hecho, circunstancia tan importante desde el punto de vista militar que sirvió, en el pasado, como criterio para atribuir a la jurisdicción militar la competencia para conocer de toda clase de delitos y faltas que se cometiesen en lugares aforados, y que hoy queda reducida a dato que debe tenerse en cuenta, sin duda por la especial protección de que se rodean determinadas zonas.

B). Así como en el viejo Código de Justicia Militar, la ponderación de las atenuantes y agravantes y demás circunstancias concurrentes había de conducir a los Tribunales militares a la imposición de la pena en la extensión que estimasen “justa”, ahora dicha ponderación debe llevarlos a la pena que estimen “adecuada”. Algún comentarista ha saludado el cambio terminológico como prueba del talante modernizador del legislador de 1985, en tanto la remisión al concepto y sentido de lo justo de los Tribunales implicaba encomendar la fijación de la pena a factores puramente subjetivos e incluso irracionales, en tanto el concepto de pena adecuada supone una cierta objetivización de los criterios a utilizar. La observación es atinada y seguramente en la mente del legislador estuvo el sano propósito de introducir un elemento de modernización y racionalización, aunque no debe dejar de señalarse que, bajo la vigencia de la Constitución de 1978, verdadero proyecto ético-social, el concepto de la justicia y de lo justo no es el que cada uno de los aplicadores del Derecho encuentra en el fondo de su conciencia —con ser ésta siempre respetable— sino el que se deduce de la Norma Fundamental y, especialmente, del Título preliminar y del Título I. Teniendo esto en cuenta, no creo que se haya mejorado significativamente el texto sustituyendo la expresión “justa” por la de “adecuada”.

C). La única regla de determinación de la pena que se contiene en el artículo 35 es la que cierra el primer párrafo: “especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión”. Nos encontramos aquí ante una importante excepción al principio de libre arbitrio judicial, que convierte en irrelevante la atenuante específica del artículo 22.1.º —no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas, si el mismo perteneciese a las clases de tropa o marinería— toda vez que esta circunstancia, únicamente aplicable a militares

no profesionales, no tiene un efecto atenuatorio legalmente determinado y sí lo tiene, en cambio, la condición de no profesional del culpable: la imposición de la pena en menor extensión. El significado de esta última frase —“en menor extensión”— suscita, sin duda alguna, problemas de interpretación, pero acaso tengamos aquí ya una norma vigente que nos obliga a dividir la pena señalada por la Ley en dos mitades iguales, al modo que prevé el artículo 63 del Anteproyecto de Código Penal, y a llevar a cabo la individualización, si concurre la circunstancia de referencia, sólo dentro de la mitad inferior.

D). Finalmente se establece en el artículo que comentamos el deber del Tribunal de razonar en la sentencia la individualización penal que efectúa. En este párrafo final sí que se establece un importante contrapeso al arbitrio de los jueces militares en la determinación de la pena y un elemento riguroso de racionalización capaz de reducir el riesgo de la arbitrariedad. En primer lugar porque el Tribunal tendrá que exponer las razones en cuya virtud impone la pena en una determinada extensión y no en otra. Bien entendido que no se entenderá que “razona” si se limita a decir que ha tenido en cuenta las circunstancias y factores enumerados en el artículo 35, convirtiendo la prudente previsión del mismo en una cláusula de estilo. Y en segundo lugar, porque la obligada exposición de las razones de la individualización penal convierte a ésta, en todo caso, en juicio de valor revisable por el Tribunal superior, es decir, revisable en casación, porque no es concebible que la aplicación de los factores y circunstancias —todos ellos elementos normativos— a tener en cuenta en la fijación de la extensión de la pena, pueda estar libre, en ningún caso, de un posible reproche por infracción de Ley. En el Derecho Penal Militar, por consiguiente, el amplio arbitrio de que goza el Tribunal de instancia a la hora de individualizar la pena no está acompañado de la discrecionalidad que se sus trae al control casacional.

Una última observación en relación con la posibilidad de revisar, mediante el recurso de casación, la operación individualizadora de la pena. Conviene caer en la cuenta de que la mera existencia del recurso de casación es capaz de trastocar, desde sus raíces más profundas, el sistema de individualización penal tradicionalmente vigente en el Derecho Penal Militar. Si el recurso de casación estuvo siempre ausente en los mecanismos procesales de aplicación de este Derecho, ello no fue, como es obvio, casual sino lógica consecuencia de la disparidad existente entre la filosofía política de la que nació la casación y la política criminal concomitante con la finalidad primordial que tradicionalmente ha sido asignada a la pena militar. La casación surge a impulso de la preocupación

liberal por asegurar el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular, para lo que se considera necesario, en los albores de la revolución, limitar al máximo el arbitrio de los jueces y establecer un instrumento de control que garantice, al mismo tiempo, la interpretación uniforme de la norma general y el derecho de los ciudadanos a ser iguales ante la Ley. En el Derecho Penal Militar, por su parte, se pretende realizar la función ejemplarizadora de la pena ampliando el arbitrio de los jueces para que éstos puedan fijar, con el mayor desembarazo, la extensión de la pena que en cada caso aconseje el mantenimiento del valor esencial de la disciplina. La casación penal aparece por primera vez, en el ordenamiento jurídico-militar español, por obra de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, que introduce en el Código de Justicia Militar las reformas puntuales que en ese momento parecen especialmente inaplazables. Pero cabe poner en duda que el propósito del legislador, en aquella coyuntura, no fuese sino arbitrar, con carácter de urgencia, una vía para que, en el proceso militar, no continuase flagrantemente desconocido el derecho que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, reconoce a toda persona declarada culpable de un delito, a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. Así autorizaría a pensarlo, no sólo que el órgano a que se atribuyó el conocimiento del nuevo recurso de casación —el Consejo Supremo de Justicia Militar— nunca estuvo definido como Tribunal de Casación, sino el hecho manifiesto de que parte de la normativa penal sustantiva que siguió vigente —concretamente la reguladora de la determinación e individualización de la pena— no ofrecía apenas un marco legal adecuado para llevar a efecto el control casacional de lo que, sobre el particular, resolviesen los tribunales inferiores. La situación pasa a ser absolutamente distinta cuando, sustituido el “Tratado de Leyes Penales” del Código de Justicia Militar por el Código Penal Militar —y muy especialmente, vigente ya su artículo 35— se crea un verdadero órgano de casación, la Sala 5.^a del Tribunal Supremo, en la cúspide de la jurisdicción militar. A partir de ese instante, puede decirse que la operación individualizadora de los jueces militares, aun realizándose dentro de unos límites extremadamente amplios, está sometida a un control de legalidad, para el que se cuenta con elementos normativos claramente definidos, atribuido a un Tribunal de casación.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, ENRIQUE: *La individualización de la pena en la reforma penal*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981.
- CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO: *Aplicación de las penas (Artículos 35 a 41)*. Comentarios al Código Penal Militar. Civitas, 1988.
- CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO: *Arbitrio judicial y circunstancias del delito*. Revista Española de Derecho Militar, número 40.
- CALDERÓN SUSÍN, EDUARDO: *Comentario de urgencia al Código Penal Militar*. Revista General de Derecho. Número 487. 1985.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*. Universidad de Valencia, 1990.
- GARCÍA ARÁN, MERCEDES: *La prevención general en la determinación de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981.
- GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL: *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.
- JESCHECK, HANS HEINRICH: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde. Bosch. Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ: *Algunos aspectos de la nueva organización de la jurisdicción militar*. Revista Española de Derecho Militar. Número 53. 1989.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *La aplicación y sustitución de la pena*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal. Parte General*. P.P.U., 1990.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO: *Determinación de la pena y política criminal*. Cuadernos de Política Criminal, número 4. 1978.
- RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO, JOSÉ LUIS: *El Código Penal Militar*. Revista General de Derecho, número 40. Abril, 1986.
- ROXIN, CLAUS: *Prevención y determinación de la pena*. Traducción de Muñoz Conde. Cuadernos de Política Criminal. Número 17. 1979.
- ZIPF, HEINZ: *Principios fundamentales de la determinación de la pena*. Traducción de Santiago Mir Puig. Cuadernos de Política Criminal. Número 17. 1982.
- ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MANUEL: *La prevención general en la individualización judicial de la pena*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1981.